

# Después de la Píldora

Antonio Bascuñán Rodríguez\*

## I. Introducción

El 30 de agosto de 2001 la Corte Suprema chilena, revocando un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogió un recurso de protección interpuesto a favor del derecho a la vida de los embriones humanos preimplantacionales y dejó sin efecto una resolución del Instituto de Salud Pública que autorizaba la comercialización del fármaco Postinal, cuyo principio activo correspondía a 0,75 mg de levonorgestrel<sup>1</sup>. El 28 de noviembre de 2005 la misma Corte Suprema, confirmando un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazó una demanda de nulidad de derecho público, basada en la afectación del derecho a la vida de los embriones humanos preimplantacionales, que había sido entablada en contra de una resolución del Instituto de Salud Pública que autorizó la comercialización del fármaco Postinor-2, cuyo principio activo corresponde a 0,75 mg de levonorgestrel<sup>2</sup>.

Ante un cambio jurisprudencial de esta magnitud –los hechos y los argumentos de las partes son esencialmente los mismos en uno y otro caso– se puede reaccionar de dos modos. El escéptico verá aquí una confirmación de la imposibilidad del control argumentativo de las decisiones judiciales y buscará explicar el hecho como consecuencia de consideraciones de *Realpolitik* judicial. Es posible que en tanto explicación de la decisión el escéptico acierte. No obstante, desde un punto de vista interno al derecho chileno la posición del escéptico está vedada. Desde un punto de vista interno no es la explicación de la decisión como un hecho lo que cuenta, sino su justificación como una afirmación correcta. No se trata, por cierto, de asumir como correcta la decisión más reciente, sino de examinar las razones esgrimidas por la Corte, compararlas con las razones justificatorias de la decisión previa y así poder identificar la *ratio* de la validación por la Corte de la política de salud del Gobierno, favorable a la anticoncepción de emergencia.

Con el fin de contribuir a ese análisis, en lo que sigue examinaré primero la incertidumbre en que esta decisión deja la cuestión acerca del estatuto jurídico del embrión humano preimplantacional (2). Luego revisaré críticamente la concepción que la Corte parece tener acerca de las normas sobre derechos constitucionales (3). Finalmente, abordaré el argumento central de la Corte, mostrando cómo tras la cuestión aparentemente probatoria se encuentra una afirmación de derecho sustantivo, favorable al reconocimiento de los intereses personalísimos de la mujer (4).

\* Profesor de Teoría General del Derecho y Derecho Penal, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile.

<sup>1</sup> *Philippi Izquierdo con Instituto de Salud Pública*, Rol N° 2.186-2001.

<sup>2</sup> *Centro Juvenil Ages contra Instituto de Salud Pública*, Rol N° 1.039-2005.

<sup>3</sup> Al respecto, Bascuñán, Antonio "Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado", en *Revista de Derecho Público*, 63 (2001), 1, p. 209 ss., esp. pp. 212-223.

<sup>4</sup> La encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de marzo de 1995, refunde y expone sistemáticamente los pronunciamientos pontificios anteriores. Las razones invocadas para justificar esta tesis son de variada índole. Todas ellas dependen, sin embargo, de la consideración de la vida humana como un bien intrínsecamente valioso. Esto implica un compromiso argumentativo con una ética de bienes o deberes, en la cual la noción de derecho (subjetivo) no es primaria, sino secundaria. La vida humana no es valiosa porque corresponda al legítimo interés de un agente en su supervivencia, sino que ese interés es legítimo porque se ordena a la conservación de un bien. La teoría de la justicia asumida por la doctrina eclesial es premoderna.

<sup>5</sup> Aparte de la sentencia de la Corte Suprema chilena de 30 de agosto de 2001, el discurso jurídico más cercano a la doctrina eclesial católica se encuentra en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000. Esta sentencia ha sido

## II. Lo incierto: el estatuto jurídico del embrión preimplantacional

La vida de un embrión humano preimplantacional, como la vida de cualquier organismo, incluyendo la de los seres humanos nacidos, es un estado de cosas. Calificar a la vida humana como un valor implica considerar a ese estado de cosas como algo valioso. De esa consideración deducimos el deber de no dañarlo e incluso de conservarlo. ¿Por qué es valiosa la vida de los seres humanos?

El derecho internacional público y el derecho público occidental comparado resuelven esa pregunta, tratándose de la vida de los seres humanos nacidos, calificándolo como un objeto protegido por un derecho fundamental. Nosotros, seres humanos nacidos, nos reconocemos recíprocamente como expectativa normativa fundamental que nuestro interés en nuestra supervivencia no será desconocido por los demás mediante un comportamiento dañino, ni en casos especiales, mediante una omisión de contribuir a su conservación. Esa es la justificación moral moderna del valor de la vida humana: es el correlato de un legítimo y fundamental interés individual en la propia supervivencia.

Por definición institucional, todos los seres humanos nacidos son titulares del derecho a la vida reconocido por el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Sobre esto no hay discusión. Sí la hay, sin embargo, respecto del feto humano durante el embarazo y del embrión humano preimplantacional. Tres son las posibles calificaciones del estatus jurídico de estos seres humanos: (a) son personas, en igualdad de condiciones que los seres humanos nacidos; (b) no son personas, pero su vida es un objeto merecedor de protección en algún sentido comparable a la vida de las personas; (c) no son personas ni la protección de su vida representa un interés comparable al derecho a la vida.

Como es sabido, la tercera opción corresponde al punto de vista del derecho constitucional federal norteamericano, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema federal. Según este tribunal, la vida de los seres humanos antes de su nacimiento puede representar un legítimo interés estatal (legal), pero no tiene el carácter de un interés de relevancia constitucional<sup>3</sup>.

La posición exactamente opuesta, es decir, la primera opción, corresponde, como bien se sabe, a la doctrina del magisterio de la Iglesia Católica romana<sup>4</sup>. En el contexto del derecho comparado no existe jurisprudencia constitucional de peso que sostenga semejante concepción<sup>5</sup>. En este contexto, el reconocimiento más enfático de la relevancia constitucional de la vida del ser humano no nacido se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Este tribunal, que ha desarrollado la concepción de un orden objetivo de valores como correlato de los derechos fundamentales, considera al principio de la intangibilidad de la dignidad humana como su norma básica y ha declarado que esa dignidad se encuentra presente en todo ser humano. Entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán

y la doctrina eclesiástica católica existen, sin embargo, diferencias sustantivas. Este nunca ha reconocido explícitamente al feto el carácter de titular del derecho fundamental a la vida<sup>6</sup>. Además, el orden objetivo de valores por él postulado corresponde a una reconstrucción racional del sistema de normas sobre derechos fundamentales, y no a su justificación moral. Finalmente, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado como “constitucionalmente inobjetable” la decisión del legislador alemán en orden de sancionar como aborto sólo la muerte de un embrión anidado<sup>7</sup>.

La segunda calificación, es decir, la opción intermedia, corresponde a la postura del Tribunal Constitucional español. En una línea jurisprudencial bien asentada<sup>8</sup>, este tribunal ha considerado a la vida humana como un continuo sometido a cambios cualitativos, cuya consideración permite justificar el reconocimiento de estatus diferentes. La diferencia central efectuada por el Tribunal obedece a la distinción entre ser humano nacido y el ser humano aún no nacido. Solamente el primero es titular del derecho constitucional a la vida; tratándose del segundo, su vida configura un “valor fundamental” del orden constitucional. Del carácter de valor fundamental el Tribunal deduce un deber constitucional de protección del ser humano no nacido dirigido al Estado, pero que no es equiparable en peso específico a los deberes correlativos al derecho a la vida de los seres humanos nacidos.

¿Cuál es el estatus del embrión y el feto humano en el derecho constitucional chileno?

Es claro que la tercera opción —el punto de vista de la jurisprudencia norteamericana— se encuentra descartada para el derecho público chileno. Tanto la Constitución chilena (Art. 19 N° 1 inciso segundo) como el Pacto de San José de Costa Rica (Art. 4-1) consideran inequívocamente a la vida de los seres humanos no nacidos como un objeto merecedor de protección. En otras palabras, la regulación de los derechos fundamentales impone al Estado de Chile el deber de proteger la vida de los seres humanos aún no nacidos. No se trata, pues, de un simple interés estatal, sino de un interés de relevancia constitucional.

Pero, ¿es el reconocimiento de interés una consecuencia debida al reconocimiento de un derecho a la vida? ¿O se trata de un interés que tiene otro fundamento normativo? Y en este segundo caso, ¿cuál es su peso específico? ¿Es equivalente al peso específico asignado al derecho a la vida o de menor peso específico? Ciertamente, la respuesta a esta interrogante no decide la cuestión de qué regulación es constitucionalmente admisible y cuál debe ser considerada inconstitucional. La solución de esa cuestión requiere plantear y resolver el problema de ponderación de intereses que surge del conflicto en que se encuentra la protección normativa de la vida del ser humano no nacido y múltiples derechos constitucionales o intereses colectivos afectados por las prohibiciones derivadas de esa protección. Con todo, la definición del estatus jurídico del embrión preimplantacional tiene relevancia a lo menos en dos sentidos:

denunciada ante la Comisión Interamericana, habiéndose admitido a tramitación la denuncia por violación, entre otros, del derecho a la vida privada (Informe de la Comisión 25/04, de 11 de marzo de 2004).

<sup>6</sup> Es un error usual considerar que conforme a la posición del Tribunal Constitucional alemán la extensión del principio de la dignidad humana a todo ser humano vivo implica el reconocimiento del derecho a la vida de todo ser humano vivo. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional alemán nunca ha efectuado una afirmación relativa a la aplicabilidad del derecho fundamental. La razón de ello se encuentra en que los casos que ha conocido han sido de control abstracto de normas (control preventivo), lo que ha hecho irrelevante la cuestión de la titularidad del derecho a la vida. Al respecto, Antonio Bascuñán, *op. cit.*, pp. 224-233.

<sup>7</sup> Esa decisión supone una discriminación inaceptable, a menos que se maneje una tesis sobre el comienzo de la personalidad que excluya al embrión preimplantacional, o bien, que se asuma que el deber de respetar y proteger la vida del ser humano no nacido tiene un peso específico distinto que el mismo deber referido a seres humanos nacidos. Dado que los casos conocidos por este

tribunal han recaído sobre la legislación relativa al aborto, el propio tribunal no se ha visto en la necesidad de explicar la justificación ni el alcance de su tesis.

<sup>8</sup> Sentencia 53/1985 de 11 de abril, sobre justificación del aborto consentido; sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, sobre destinación de embriones preimplantacionales; sentencia 116/1999, de 17 de junio, sobre técnicas de reproducción asistida. Al respecto, Rodrigo Soto Silva, "Informe sobre el tratamiento del embrión humano en la jurisprudencia constitucional española". *Ius et Praxis*, 2001, vol. 7, Nº 2, pp. 285-316.

<sup>9</sup> Para una crítica a la sentencia antedicha, Bascuñán, Antonio, "La píldora del día después ante la jurisprudencia", en *Estudios Públicos* 95 (2004), p. 44 ss., esp. pp. 48-66.

a) determina (en parte) el régimen de acciones susceptibles de ser entabladas para el control de constitucionalidad de los actos estatales que lesionen o pongan en peligro su vida y

b) fija uno de los puntos de partida del juicio de ponderación.

En su sentencia de 30 de agosto de 2001 la Corte Suprema reconoció al embrión preimplantacional el carácter de titular del derecho subjetivo público a la vida, asegurado por la Constitución en su Art. 19 Nº 1. Ese reconocimiento fue efectuado en términos contradictorios y fue justificado por razones incorrectas, sin hacerse cargo de antecedentes relevantes para la interpretación de la disposición constitucional<sup>9</sup>. Aun así, la posición de la Corte fue inequívoca a este respecto.

En su sentencia de 28 de noviembre de 2005, sin embargo, la Corte argumenta de modo equívoco. La Corte sostiene que la legitimación activa del demandante en el juicio de nulidad...

*"...se encuentra fundamentada en lo que dispone la Constitución Política de la República en su artículo 19 Nº 1, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física; la ley, a su vez, protege la vida del que está por nacer, norma que se encuentra establecida, en el grado de cautela en el artículo 75 del Código Civil". (considerando 21º).*

Dejando de lado la confusión en que incurre la Corte entre la identificación de la norma aplicable al caso y la justificación de la habilitación activa del demandante, el fragmento transcrito hace evidente la indiferencia que la Corte demuestra respecto de la cuestión del estatus del embrión preimplantacional. El reconocimiento al embrión de un derecho a la vida hace innecesaria la invocación de un mandato constitucional de protección a su vida específico. Por otra parte, la identificación de ese mandato constitucional específico como una recepción del mandato legal establecido en el Código Civil implica la adopción del concepto de persona del Código Civil, conforme al cual el nacimiento constituye el principio de la personalidad. Eso impediría reconocer al embrión la calidad de titular de un derecho subjetivo público.

La fórmula "infracción a lo dispuesto en los artículos 19 Nº 1 de la Constitución y Art. 75 del Código Civil" es, pues, ambivalente y potencialmente contradictoria. La Corte no advierte este defecto. Esa es la fórmula que usa para considerar activamente legitimado al agente, y también para identificar los hechos pertinentes que, según ella, no fueron probados suficientemente (considerando 32º).

La indiferencia que la Corte demuestra sobre este punto tiene dos explicaciones. La primera, una medida de prudencia en razón de economía argumentativa. Independientemente de la cuestión del carácter abstracto o concreto del control de normas involucrado en este caso, es evidente que la invalidación por ilegalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo no requiere conceptualmente la invocación de una norma legal o constitucional correlativa a un derecho subjetivo. La infracción a reglas de competencia, de procedimiento o de deberes

objetivos también puede acarrear como consecuencia la invalidación del acto en cuestión. Dado que la Corte termina considerando que cualquiera que sea el fundamento normativo de la invalidación solicitada no se encuentran probados los hechos que fundamentarían esa invalidación, puede entenderse que prescinda de clarificar cuál sea ese fundamento normativo.

La segunda explicación se encuentra en el hecho de que la Corte considera que la cuestión del estatus jurídico del embrión debe ser objeto de discusión ulterior para que ella se encuentre en posición de adoptar una decisión. En sus propias palabras:

*“...la sentencia impugnada [de la Corte de Apelaciones de Santiago] no ha podido transgredir las normas antes indicadas, que aseguran la vida del que está por nacer, aun aceptando que esta protección existe desde el momento de la concepción, o sea, desde la unión de un espermatozoide maduro con el óvulo constituyendo el cigoto, cuestión que no se encuentra absolutamente discernida, científica y jurídicamente hablando” (considerando 31°).*

El número de confusiones conceptuales en que incurre la Corte con esta aseveración es admirable. El uso del término “concepción” para referirse a la fecundación es incorrecto: para que haya concepción se requiere el embarazo de una mujer. La exigencia de una constatación empírica absolutamente verdadera para una proposición universal es epistémicamente imposible, porque la constatación empírica es necesariamente singular. La pregunta por el comienzo de la vida humana es, en términos biológicos, completamente irrelevante. En un proceso reproductivo singular nunca “comienza” la vida: los progenitores son organismos vivos, los gametos y el cigoto son células vivas, y la mórula es un organismo pluricelular indiferenciado vivo, cuya posterior diferenciación caracteriza el desarrollo de ese organismo pluricelular vivo como embrión y feto. Aparte de la pregunta por el surgimiento de la especie humana en la historia de la evolución, la expresión “comienzo de la vida humana” es metafórica. Por “una vida” se entiende una biografía individual, o sea, la historia de un individuo vivo. La cuestión es, pues, cuándo debemos reconocer, en ese proceso de transformación orgánica de entes vivos pertenecientes a la especie humana –los gametos también lo son–, un individuo. Esta no es una cuestión empírica, sino una cuestión conceptual. Naturalmente, el uso del concepto individuo humano implica presuposiciones empíricas. El desarrollo de la embriología ha demostrado cuán burdas pueden ser esas presuposiciones, lo que origina desafíos a la validez de esos conceptos en sus contextos de uso. En el caso en cuestión, se trata de la identificación de la individualidad del ser humano como criterio para la adscripción de la calidad moral y jurídica de persona.

Así esclarecida la cuestión, de la tesis de la Corte surge inmediatamente como interrogante qué tendría que encontrarse probado en términos científicos para que no hubiera incertidumbre jurídica acerca del estatus del embrión. ¿Cuáles son los hechos presupuestos por el concepto de

<sup>10</sup> Para un vistazo a esa doctrina, Bascuñán, *op. cit.* (nota 9), pp. 53-54; del mismo, “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, en *Derecho y Humanidades* N° 10 (2004), p. 143 ss., esp. pp. 157-163.

<sup>11</sup> Para un examen detenido de los orígenes de la regulación constitucional, Bascuñán, *op. cit.* (nota 9), pp. 54-66.

<sup>12</sup> Sentencia de 28 de mayo de 2001, Rol N° 850-2001, considerandos 5°-10°.

<sup>13</sup> Sentencia de 10 de diciembre de 2004, Rol N° 4.200-2003, considerandos 8°-10°. Particularmente digna de nota es la preocupación de la Corte por evitar que la acción de nulidad de derecho público adquiera el carácter de una acción popular o de un procedimiento de control abstracto de legalidad o constitucionalidad de los actos estatales (considerando 8°).

persona en el contexto del derecho chileno? La Corte no tiene respuesta para esa pregunta, porque hace al derecho chileno dependiente de una construcción extrajurídica del concepto de persona. Esa posición no tiene sentido. Es razonable que un tribunal acepte el carácter controversial incluso de los conceptos jurídicos más básicos, en el sentido antes expuesto, y se encuentre abierto a revisarlos a la luz de descubrimientos científicos. Pero es inaceptable que un tribunal se abstenga de dotar de sentido operativo a un concepto jurídico básico.

La pregunta central del derecho público chileno en relación con el estatus jurídico del embrión es si el concepto de persona, en el contexto del Art. 19 de la Constitución, incluye o no al que está por nacer. Todas las monografías jurídicas escritas por autores católicos así lo sostienen<sup>10</sup>. La historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional los desmiente. En un sentido equivalente a la diferenciación elaborada por el Tribunal Constitucional español, en el origen del texto chileno se encuentra el reconocimiento de la necesidad de diferenciar entre las consecuencias jurídicas de la protección constitucional dispensada a la vida de los seres humanos nacidos –las personas– y las consecuencias de la protección dispensada a la vida de los seres humanos no nacidos<sup>11</sup>. Esta diferenciación no presupone hechos científicamente controvertidos.

### III. Lo afirmado: la confusión entre deberes, derechos y acciones

En las dos oportunidades en que la Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado en relación con la autorización del levonorgsetrel, la primera, a propósito del recurso de protección y la segunda, en apelación de la sentencia definitiva en un juicio ordinario civil, ha sido sumamente cuidadosa en examinar los requisitos de admisibilidad de las acciones interpuestas. En el caso del recurso de protección, acertadamente afirmó que los recurrentes no habían identificado sujeto alguno que se encontrara perturbado, privado o amenazado en el legítimo ejercicio de sus derechos<sup>12</sup>. En el caso que ahora nos ocupa, la Corte de Apelaciones, una vez más con acierto, sostuvo que el demandante carecía de legitimación activa para ejercer la acción de nulidad de derecho público por carecer de un interés actual, legítimo y razonable<sup>13</sup>. En las sentencias de la Corte de Apelaciones se expresa, con una claridad inusual en nuestro medio, la correcta concepción del derecho no sólo como un sistema de normas, sino también como un sistema de competencias.

La sentencia de la Corte Suprema recaída sobre el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia anterior se encuentra muy por debajo de ese estándar. Para conceder legitimación activa a la parte demandante, la Corte desarrolla dos argumentos inaceptables.

El primer argumento de la Corte consiste en afirmar la existencia de un “derecho subjetivo público a vivir bajo el imperio de la ley” (considerandos 20° y 21°, párrafo segundo). En otras palabras, sostiene que todos tenemos un derecho (subjetivo) al derecho (objetivo). Esta idea de la Corte hace imposible la estructuración del sistema jurídico como un sistema de competencias diferenciadas. Su efecto práctico es convertir

a la acción de nulidad de derecho público en un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado, susceptible de ser ejercido mediante acción popular.

El segundo argumento consiste en afirmar la existencia de un “derecho para tutelar la vida de los seres que se encuentran en etapa de gestación” (considerando 21º, párrafo primero). Esta es una invención notable. La Constitución asegura a las personas el derecho a la vida e impone a la ley el deber de proteger la vida del que está por nacer. ¿Qué significa en este contexto un “derecho a tutelar la vida del que está por nacer”? Una posibilidad consiste en interpretar la tesis de la Corte como una manera impropia de referirse a la habilitación para actuar en defensa del derecho a la vida de los embriones. Se trata simplemente de la legitimación para intervenir a favor de un tercero, velando por el respeto a sus derechos. Si ese es el caso, la Corte elude el problema de la legitimación activa: invoca el derecho en vez de identificar a un titular concreto de ese derecho.

Otra posibilidad es interpretar la tesis de la Corte como un caso de aplicación de ese peculiar “derecho al derecho” que su fantasía ha creado. Así, cualquier persona como demandante tendría un derecho subjetivo a exigir el cumplimiento del deber que pesa sobre el Estado de proteger la vida del que está por nacer, cualquiera que fuere su interés personal comprometido en el otorgamiento de esa protección.

Finalmente, es posible que la indiferencia demostrada por la Corte respecto de la distinción entre normas de derechos subjetivos y normas objetivas de deber alcance aquí su paroxismo: una norma de derecho subjetivo (derecho a la vida) origina normas de deber (respetar la vida, proteger la vida) que, a su vez, originan normas de derecho subjetivo (exigir el cumplimiento del deber de respetar o de proteger la vida). La inventiva de la Corte no puede desconocerse, es particularmente fértil: para su fascinación se trata de una cadena infinita de derechos que proceden de normas que proceden de derechos y así sucesivamente.

Ya es hora de que la Corte Suprema abandone su inclinación por las argumentaciones ostensiblemente “creativas”, pero conceptualmente endebles, y asuma que el sistema jurídico contempla normas de derechos subjetivos y otras clases de normas y reglas, y que sus reglas de adjudicación configuran un sistema diferenciado de competencias jurisdiccionales. Reconocer un derecho a la tutela de los derechos ajenos así como un derecho a la legalidad, es desconocer la función de los derechos subjetivos en el sistema jurídico.

#### **IV. Lo aún no asumido explícitamente: el peso específico del interés de la mujer en su autonomía reproductiva**

Como se ha visto, la primera y la segunda sentencias de la Corte acerca del levonogestrel son igualmente deficitarias en su tratamiento de las normas sobre derechos subjetivos públicos y reglas de competencias jurisdiccionales. Ambas confunden el reconocimiento del derecho a la

<sup>14</sup> Recurrentemente, la Corte se refiere en su sentencia a este efecto impeditivo de la anidación como “efecto abortivo”. Este es un uso impropio del término. Conforme al derecho penal chileno, el aborto exige interrupción del embarazo, lo que presupone la anidación del embrión en el endometrio. El impedimento de la anidación de un embrión preimplantacional es tan poco “abortivo” como la omisión de transferencia de un embrión extracorporal. Al respecto, Bascuñán, *op. cit.* (nota 9), pp. 76-81.

vida con el establecimiento de un deber de protección de la vida. Ambas desconocen el carácter de control concreto de normas que tienen en el derecho chileno el recurso de protección y la acción de nulidad. En eso no hay mayores diferencias.

La gran diferencia entre la sentencia de 28 de noviembre de 2005 y su antecesora se encuentra en los efectos imputados a la incertidumbre en torno a los efectos del levonorgestrel. Es decir, a la falta de prueba concluyente de la verdad o falsedad de la aseveración de que la ingestión de este fármaco produce como efecto (al menos secundario) el impedimento de la anidación de un embrión en el endometrio<sup>14</sup>. La disparidad del tratamiento de esta incertidumbre es tan notoria que conviene exponerla gráficamente:

*Sentencia de 30 de agosto de 2001*

*“(…) cualquiera que hayan sido los fundamentos y consideraciones que tuvieran a la vista las autoridades recurridas para autorizar la fabricación y comercialización del medicamento denominado “Postinal” (...), uno de cuyos posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión, han incurrido en una ilegalidad (...)” (considerando 20°)*

*Sentencia de 28 de noviembre de 2005*

*“no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer, de tal manera que el organismo público encargado por la ley, para autorizar el registro de un producto para su venta, dentro de su competencia estaba habilitado, precisamente por las funciones que la ley le encomienda para efectuar dicho acto administrativo (...)” (considerando 34°)*

Conforme a la tesis de la primera sentencia de la Corte, basta con la posibilidad de que el fármaco produzca un efecto impeditivo de la implantación del embrión para que el Estado deba prohibirlo y, en consecuencia, sea ilegal (inconstitucional) su autorización. Conforme a la tesis de la segunda sentencia de la Corte, es necesario demostrar, fuera de toda duda, que el fármaco produce ese efecto para sostener que el Estado debe prohibirlo y, en consecuencia, que su autorización es ilegal (inconstitucional).

Cabe señalar que el caso en cuestión constituye un asunto peculiar de riesgo. Aquí no se discute la legitimidad de una acción de la que sabemos que genera un peligro, es decir, que crea un estado de cosas que, conforme a nuestro conocimiento empírico, concurriendo determinadas circunstancias, puede causar un efecto que deseamos evitar. Tal es, por ejemplo, el riesgo generado por el tráfico vehicular o la construcción en altura. Aquí lo que se discute es la legitimidad de una acción en relación con la cual no sabemos si genera o no un peligro.

Suponiendo que efectivamente exista esta clase de riesgo, es decir, que no pueda descartarse que el levonorgestrel impida la anidación del embrión, la pregunta que el caso plantea es si el órgano estatal encargado de la autorización de su producción y comercialización se encuentra o no facultado para considerar dicho riesgo como un riesgo permitido.

En su sentencia de 30 de agosto de 2001 la Corte negó enfáticamente al Estado esa facultad, sosteniendo que en esta materia ningún riesgo podía ser permitido. Según la Corte, ninguna consideración podría justificar la decisión estatal de autorizar ese riesgo. Esta tesis de la Corte es indudablemente irracional. En todo orden de ámbitos de la vida social la legislación y la administración autorizan riesgos para la vida de las personas. ¿Por qué tendría el Estado que excluir todo riesgo respecto del embrión preimplantacional?

En su sentencia de 28 de noviembre de 2005 la Corte reconoció al Estado esa facultad, sosteniendo ahora que esta clase de riesgo (epistémico) es irrelevante. Según la Corte, sólo la demostración fehaciente de que el fármaco produce ese efecto podría justificar la invalidación de su autorización. En sus propios términos, esta nueva tesis de la Corte tampoco es correcta. Por una parte, no puede excluirse que, atendidas determinadas circunstancias, la mera posibilidad (epistémica) de que una acción produzca efectos indeseados sea una razón suficiente para prohibirla. Y, por otra parte, tampoco puede excluirse que, aun comprobándose la posibilidad de ese efecto, sea justificable asumirlo como riesgo permitido.

Lo que sucede tanto en una como en otra sentencia es que la Corte omite atender a las razones que justifican la asunción del riesgo. En su primera sentencia, la Corte las declaró irrelevantes. Ahí se encuentra su error. En su segunda sentencia, la Corte ni siquiera se refiere a ellas. Ese también es un error.

En la base de toda decisión estatal de autorización de un riesgo, ya sea por el legislador o por la administración, se encuentra una ponderación de intereses. En el caso en cuestión, el interés involucrado es el de la autonomía reproductiva de las mujeres. Este interés forma parte del derecho fundamental a la vida privada tanto en el plano del derecho estatal chileno (Art. 19 N° 4 C. Pol.), como en el plano del derecho internacional de los derechos humanos (Art. 17-1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 11-2, Pacto de San José de Costa Rica).

La autorización del levonorgestrel por parte del Instituto de Salud Pública se justifica como una decisión de salud pública, orientada a poner al alcance de la mujer que ha mantenido una relación sexual reciente y que no desea un embarazo un medio de control reproductivo. Suponiendo que existe un deber para el Estado de brindar protección a la vida del embrión preimplantacional y suponiendo que el levonorgestrel puede producir un efecto inhibitorio de la implantación del embrión, la pregunta que el caso plantea es si resulta justificable la asunción de ese riesgo como correlato del otorgamiento a las mujeres de ese medio para el ejercicio de su autonomía reproductiva<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Por cierto, una cuestión de ponderación no se resuelve racionalmente en estos términos tan simplificados. Pues no se trata tan solo de ponderar el peso específico del riesgo para eventuales embriones y frente al beneficio actual para las mujeres. Las razones para juzgar la adecuación y la necesidad del levonorgestrel como medio de control reproductivo, por ejemplo, pueden requerir el examen de muchos antecedentes. También debe incorporarse en el juicio de ponderación un principio de deferencia judicial a la legítima prerrogativa de decisión de que goza el legislador democrático o que éste puede legítimamente dejar a la administración.

<sup>16</sup> Esta fue la razón de la denuncia de la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la razón de la admisión de dicha denuncia (*supra*, nota 5). En otras palabras, si la Corte Suprema chilena insiste en mantener su consideración unilateral del alcance del deber de protección de la vida del que está por nacer, pondrá al Estado de Chile en incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

En otras palabras, lo que aparece como un cambio de criterio de la Corte Suprema relativo a las exigencias probatorias de una pretensión hecha valer judicialmente –primero en el contexto del recurso de protección, luego en el contexto del juicio ordinario– en rigor sólo puede ser comprendido como un cambio de criterio para la justificación de la autorización de un riesgo por parte de la administración. Originalmente la Corte sostuvo que ninguna autorización podía justificarse. Esa tesis ya no tiene valor.

Es cierto que en su nueva decisión la Corte evita plantear de este modo la controversia. Esa elusión se encuentra al borde de la denegación de justicia. Pues lo que el demandante sostuvo no era que la autorización del fármaco fuera inválida porque este causa un efecto que conforme al derecho público el Estado debe evitar, sino que, conforme al derecho público, el Estado debe evitar cualquier clase de riesgo en relación con la producción de ese efecto. La pregunta que el caso planteaba no se refería al *onus probandi* en un juicio ordinario por una acción de nulidad de derecho público, como pretende la Corte, sino al alcance del deber constitucional de protección de la vida del que está por nacer.

El demandante, siguiendo la tesis de la primera sentencia de la Corte Suprema, sostuvo que ese deber exige al Estado prohibir legal y administrativamente cualquier puesta en peligro de la vida de los embriones preimplantacionales. El derecho constitucional comparado y el derecho internacional de los derechos humanos contradicen esa tesis. La protección de la vida humana prenatal entra inevitablemente en conflicto con otros intereses de relevancia constitucional, merecedores de respeto y protección. Cualquiera sea el estatus jurídico del embrión y del interés en su supervivencia, no cabe sacrificar unilateralmente en su favor los intereses que se encuentran en conflicto<sup>16</sup>. Lo que se impone es una solución de optimización.

En sus resultados la nueva sentencia de la Corte Suprema coincide con la tesis dominante en el derecho constitucional comparado y el derecho internacional de los derechos humanos. En sus fundamentos, sin embargo, aún se encuentra muy lejos.